

**POLÍTICA CRIMINAL
Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN
ANÁLISIS A PARTIR DE LA APOLOGÍA
AL TERRORISMO**

COLECCIÓN CIENCIAS PENALES

RICARDO POSADA MAYA
DIRECTOR

COMITÉ EDITORIAL

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA

JUANA DEL CARPIO DELGADO
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, ESPAÑA

TERESA AGUADO CORREA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

PATRICIA GALLO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
UNIVERSIDAD DEL NORTE, COLOMBIA

YESID REYES ALVARADO
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLOMBIA

LOTHAR KUHLEN
UNIVERSIDAD MANNHEIM, ALEMANIA

WALTER PERRON
UNIVERSIDAD DE FREIBURG, ALEMANIA

MARCELO SANCINETTI
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN, ESPAÑA

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, ESPAÑA

ENZO MUSCO
UNIVERSITÁ "TOR VERGATA", ITALIA

MARIO TRAPANI
UNIVERSITÁ ROMA TRE, ITALIA

JOSÉ HURTADO POZO
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG, SUIZA

**POLÍTICA CRIMINAL
Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN
ANÁLISIS A PARTIR DE LA APOLOGÍA
AL TERRORISMO**

CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ

Grupo de Investigación
en Derecho Penal y Justicia Transicional
“Cesare Beccaria”, Universidad de los Andes

 Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho


Grupo Editorial
IBÁÑEZ

Guzmán Díaz, Carlos Andrés

Política criminal y libertad de expresión : análisis a partir de la apología del terrorismo / Carlos Andrés Guzmán Díaz. -- 1a. ed. -- Bogotá : Universidad de los Andes : Grupo Editorial Ibáñez, 2020. 312 p. -- (Colección Ciencias Penales / director, Ricardo Posada Maya)

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-791-285-2

1. Terrorismo - Aspectos legales - Tesis y disertaciones académicas 2. Libertad de palabra - Aspectos legales - Tesis y disertaciones académicas 3. Política criminal - Tesis y disertaciones académicas I. Título II. Serie

CDD: 344.05325 / 342.085 ed. 23

CO-BoBN- a1057392

Primera edición en español: octubre de 2020

© Carlos Andrés Guzmán Díaz

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 49 49, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-791-285-2

ISBN *e-book*: 978-958-791-298-2

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.349>

Diseño de portada: La Central de Diseño SAS

Diagramación electrónica: Clara Gómez C.

© Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 Minjusticia.

© Grupo Editorial Ibáñez

Carrera 69 Bis n.º 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731-2386035

Librería: Calle 12 B n.º 7-12 L. 1

Teléfonos: 2835194 -2847524

Bogotá, D. C. (Colombia)

<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Hay un problema serio: el que cree tener una verdad muy acabada suele tener la terrible tentación de imponérsela a todo el mundo por su bien, de conseguirle a todo el mundo sus soluciones y obligarlo a hacer todo lo que convenga, quiéralo o no; se puede pasar de la razón exactamente al punto inverso: aquellos que han creído tener en la mano una verdad total han resultado supremamente peligrosos, sea la razón de la Revolución francesa o sea la verdad de la historia de Rusia.

ESTANISLAO ZULETA. “Ética, terror y revolución”,
en Colombia: violencia, democracia y derechos humanos

CONTENIDO

PRÓLOGO

Política, apología del terrorismo y libertad de expresión: un juego de tronos	xv
--	----

AGRADECIMIENTOS	xxiii
------------------------	--------------

INTRODUCCIÓN	xxv
---------------------	------------

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTACIÓN

SOBRE EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO	1
---	----------

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	3
--------------------------------	----------

Apología	4
----------	---

Incitación	4
------------	---

Terrorismo	5
------------	---

¿Es posible determinar un concepto de “terrorismo”?	5
---	---

¿Es posible hacer una distinción del terrorismo frente al crimen organizado?	17
---	----

Recapitulación	23
----------------	----

ARGUMENTOS EN DEFENSA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL PROBLEMA BASE	25
---	-----------

Descubrimiento de la verdad	27
-----------------------------	----

La libertad de expresarse como forma de desarrollo libre de la personalidad	32
--	----

La expresión como fundamento de la democracia	33
---	----

Tesis integradora de la libertad de expresión	38
---	----

Recapitulación	39
----------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO
**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y APOLOGÍA DEL TERRORISMO:
 ANÁLISIS CONTEXTUAL**

SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	41
Sistema europeo de derechos humanos	41
Contexto normativo	41
Organismos relevantes	44
Decisiones de interés	44
Recapitulación	55
Sistema interamericano de derechos humanos	58
Contexto normativo	58
Organismos de protección	58
Decisiones relevantes	59
Recapitulación	63
 SISTEMAS NACIONALES	 63
La libertad de expresión en Estados Unidos	65
Contexto normativo	65
Desarrollo jurisprudencial	67
Recapitulación	73
La libertad de expresión en el marco constitucional español	73
Contexto normativo	73
Desarrollo jurisprudencial	76
Recapitulación	82
Libertad de expresión en Colombia	83
Contexto normativo	83
Desarrollo jurisprudencial	84
Recapitulación	95
¿Existe un tratamiento diferenciado?	95
¿Son válidos estándares diferentes para valorar la libertad de expresarse?	98

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO
EN ESPAÑA

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL RELEVANTE A LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO	105
BREVE PANORAMA HISTÓRICO DE LA NORMATIVIDAD	110
LA LEGISLACIÓN VIGENTE	115
APOLOGÍA PROPIA	118
Bien jurídico protegido	118
Sujeto pasivo	120
La acción y la omisión en la apología propia	121
Tipo objetivo de la apología propia	122
En cuanto a la estructura típica	122
En cuanto al resultado	122
Sujeto activo	122
Comportamiento incriminado: enaltecer o justificar	124
Apología de conductas	126
Apología de personas	133
El medio comisivo	137
¿Debe concurrir la provocación o incitación?	139
Tipo subjetivo	143
Apunte sobre la culpabilidad y su conexión con la necesidad de la pena	144
APOLOGÍA IMPROPIA	147
Bien jurídico	148
Sujeto pasivo	150
Acción y omisión en la apología impropia	155
Tipo objetivo de la apología impropia	155
En cuanto a la estructura típica	155
Sujeto activo	156

CONTENIDO

Comportamiento incriminado	156
Sobre los actos victimizantes	156
Sobre la difusión del mensaje	157
Tipo subjetivo	158
Dolo	158
¿Elemento subjetivo?	158
Antijuridicidad	160
Punibilidad	161
Unidad y pluralidad de delitos	162
Penalidad	163
Condición de procedibilidad	164
 SOBRE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 2/2015	 164
RECAPITULACIÓN	167

CAPÍTULO CUARTO

¿ES PUNIBLE EL COMPORTAMIENTO DE APOLOGÍA AL TERRORISMO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN COLOMBIANA?

CONSIDERACIONES PREVIAS	171
LA INSTIGACIÓN A DELINQUIR	173
FINANCIACIÓN DE ACTIVIDADES TERRORISTAS	176
Exégesis lingüística	177
Exégesis completa	177
Exégesis histórica	178
Exégesis de autoridad	178
Exégesis estricta de la norma penal	179
CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES TERRORISTAS	180
TERRORISMO	182

CONTENIDO

AMENAZAS	184
INJURIA	186
RECAPITULACIÓN	187
POSIBILIDAD LATENTE	189

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE RACIONALIDAD LEGISLATIVA

MODELO DEL QUE SE PARTE PARA EVALUAR SU CONVENIENCIA	194
RACIONALIDAD DE LA NORMA	196
Racionalidad ética	196
Principio de lesividad	197
Principio de certeza o seguridad jurídica	205
Racionalidad teleológica	210
Racionalidad pragmática	213
Racionalidad jurídico-formal	220
Racionalidad lingüística	225
RECAPITULACIÓN	228

CAPÍTULO SEXTO

LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PALABRAS

CONCLUSIONES	249
ANEXOS	259
BIBLIOGRAFÍA	263

PRÓLOGO

POLÍTICA, APOLOGÍA DEL TERRORISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UN JUEGO DE TRONOS

En octubre pasado se celebró en el estado de Chihuahua (México) un gran Congreso Internacional Anticorrupción en el que el fiscal José Domingo Pérez, quien se encuentra en estos momentos investigando el caso Lava Jato en Perú, sostuvo, al analizar el contexto histórico, que “el gobierno de Alberto Fujimori acabó con la Guerrilla, o la Guerra Civil, respecto a los grupos subversivos ‘Sendero Luminoso’ y algún otro grupo, como el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”.

De inmediato los sectores afectados por las investigaciones del fiscal reaccionaron airadamente, incluido el fiscal de la Nación (muy cuestionado por existir audios que lo vinculan con una organización criminal conectada con una red amplia de corrupción), sosteniendo que se trata de una afirmación que constituye “traición a la patria” y “apología del terrorismo”. Así, el congresista Jorge del Castillo (APRA) afirmó que “en el Perú no hubo guerra civil, ni guerrilla: hubo terrorismo” y “lo que ha dicho el fiscal José Domingo Pérez es muy grave, una apología del terrorismo, más grave aún porque estuvo de viaje oficial”. Por esta afirmación el fiscal Pérez fue citado a una investigación parlamentaria de un Congreso con mayoría del aprismo-fujimorismo, y en su propia casa se le abrió un procedimiento disciplinario. Demás está decir que ninguna de las dos iniciativas ha llegado a puerto. Ahora bien: el congresista Del Castillo olvidaba que en los años ochenta su líder de partido, el señor Alan García, calificó a Sendero Luminoso como una “guerrilla medular”, con ideología, y hasta en algún caso admiró la mística de este disciplinado grupo armado.

Tal parece que la apología del terrorismo resulta un comodín útil para cuestionar interesadamente a quien se intenta desprestigiar y hasta

eliminar del escenario público, como puede resultar inocua la admiración del mismo grupo armado cuando viene desde las propias filas. Sobre estos aspectos vidriosos del concepto de *apología del terrorismo* se ocupa este libro que tengo el placer de prologar y que constituye la tesis doctoral que defendió Carlos Andrés Guzmán Díaz en la Universidad de Salamanca bajo mi dirección.

Ello se explica porque si bien ya es controvertido el concepto de *terrorismo*, pues hasta ahora no ha sido posible alcanzar un consenso internacional para describirlo, resulta aún más complicado castigar la apología, esto es las expresiones de alabanza de un fenómeno difícil de aprehender. En efecto, si la *apología* es un concepto polisémico y el *terrorismo* también lo es, la *apología del terrorismo* suma sin duda contenidos semánticos problemáticos. La dificultad se amplía cuando precisamente, como remarca el autor, “el acto terrorista es un mensaje”, que se puede leer de distintas maneras según el lente con que se vea.

La cuestión resulta particularmente interesante justo porque el delito de apología del terrorismo puede vulnerar la libertad de expresión, reconocida por todas las cartas de derechos humanos, nacionales e internacionales, como uno de los derechos fundamentales básicos de la democracia representativa, en la medida en que garantiza el ejercicio de la crítica social y política.

El autor se ocupa de todos estos aspectos con particular solvencia. En este libro se adentra principalmente en estos temas controvertidos y sale airoso con propuestas concretas y pensadas dentro de los límites de una construcción jurídico-penal legítima, sin olvidar los aspectos valorativos que subyacen a este conflicto de intereses (bienes jurídicos, derechos fundamentales, etc.).

El estudio de la legitimidad del delito de apología del terrorismo, tal cual lo propone el autor, resulta de particular relevancia en esta sociedad de la información en la que todos los mensajes (reales, aparentes, subliminales, etc.) son relevantes. La proliferación de las redes sociales y los avances en tecnología de la información y de la comunicación hacen que presenciemos un escenario de batallas por las ideas en el que la pena muchas veces puede ser utilizada para limitar la libertad de expresión y, en suma, la libertad de pensamiento. Este delito, los vinculados

al honor y los hoy llamados “delitos de odio” están constituyendo herramientas para acallar las voces disidentes en un contexto en el que los líderes pugnan por dirigir las mentes de los ciudadanos para ganar el voto o para consumir. En este particular juego de tronos, la restricción de la libertad de expresión mediante la pena cobra particular relevancia, y por tanto la legitimidad de la criminalización de conductas que se realizan dentro del ámbito de la comunicación resulta un asunto central de nuestra democracia.

¿Cómo someter a unos criterios de legitimación válidos una criminalización de la apología del terrorismo? He ahí el *quid* de la cuestión, teniendo en cuenta que es posible que un exceso suponga una restricción a la libertad de expresión. El autor utiliza los criterios de argumentación propuestos por Manuel Atienza y de racionalidad de la norma establecidos por Díez Ripollés: ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal y lingüístico.

En el nivel ético, la búsqueda de un bien jurídico propio para fundamentar el castigo de la apología del terrorismo se hace vana, puesto que el orden público o el orden constitucional que protegerían el delito de terrorismo –bastante discutidos, por cierto– se alejaría en cuanto a su posible lesión en los supuestos de expresiones que enaltecen o ensalzan dicho fenómeno.

En el nivel teleológico, esto es de la finalidad político-criminal de la norma, la racionalidad también se presenta infructuosa porque precisamente es discutible la categorización de “grupos armados, subversivos, combatientes, guerrilleros, delincuentes políticos”, como se ha puesto de manifiesto en el caso planteado al inicio.

En el nivel pragmático, esto es en un nivel de eficacia de la intervención, parece poco probable un efecto significativo de la sanción penal para prevenir comportamientos asociados a la apología del terrorismo. Como el autor destaca, “En tiempos de mayor represión es cuando más se han fortalecido los grupos terroristas”.

En el nivel jurídico-formal se verifica la constante histórica de minimizar los delitos de opinión entre los que la apología del delito es su principal exponente, en un claro avance hacia la democratización de las sociedades. El Tribunal Constitucional español, en la STC n.º 159/1986,

declaró inconstitucional el artículo 1.º de la LO 9/1984, la primera ley antiterrorista de la Democracia, que tipificaba el delito de apología del terrorismo. Se llegó también al consenso de que la apología del delito en general, para ser legítima, tiene que consistir en una “incitación directa a la comisión de delitos”. Pero la ola criminalizadora desatada desde el 2001 contra el terrorismo dio lugar a una onda expansiva legislativa y de carácter interpretativo, que es donde hoy nos encontramos. Ello ha motivado que un grupo de profesores hayamos firmado un manifiesto a comienzos de este año en el que denunciarnos “el sucesivo incremento de los tipos penales que sancionan conductas de expresión, y, por otra, la utilización en aquellos de conceptos metajurídicos, de difícil definición, como ‘clima’, ‘hostilidad’ o incluso ‘odio’, que han facilitado interpretaciones extensivas. Esta tendencia ha derivado incluso en la creación de preceptos penales omnicomprendidos –como el artículo 510 del Código Penal– en los que se incluyen todas las fases de realización e intervención delictiva con la intención de evitar eventuales interpretaciones restrictivas”. Por eso se ha planteado que únicamente se admite la limitación de la libertad de expresión cuando el acto de expresión: “(a) Implique la limitación de un derecho constitucional, en el sentido de un daño o lesión de un bien relacionado con la autonomía personal. (b) Incluya amenazas o intimidaciones a personas concretas. (c) Represente una incitación a la comisión de un delito”.

En el nivel lingüístico las dificultades para captar un significado unívoco resultan evidentes, como antes se ha puesto de relieve. Según recuerda Pena González, siguiendo a Laqueur, “ninguna definición del terrorismo puede abarcar todas las modalidades que han aparecido bajo el concepto a lo largo de la historia”. O, como indica Pérez Cepeda, los países de la Organización de la Conferencia Islámica piden que “se distinga la definición de *terrorismo* de la lucha contra la ocupación extranjera y la libre determinación”. Todo lo cual lleva a augurar, apunta esta última autora, que todavía es necesario algún período de tiempo para que se alcance con éxito una definición consensuada del delito de terrorismo en el ámbito internacional.

Todas estas dificultades para legitimar la criminalización de la apología del terrorismo llevan al autor a una conclusión fundamental: las

desventajas de una norma penal que tipifique la apología del terrorismo son mucho mayores que las posibles ventajas y, muy presumiblemente –como se ha constatado en la realidad en múltiples ocasiones–, pueden servir para aplicar la norma a otros supuestos alejados del terrorismo, acallando voces críticas o disidentes.

Impresionante conclusión la del autor: “Al final, estamos ante la criminalización de las palabras, simple fórmula para encarcelar los pensamientos, desde los disidentes hasta los fútilmente inofensivos”.

Entre las libertades del hombre, la de expresión ha sido una de las conquistas más preciadas. Vinculada a la libertad de pensamiento, se relaciona con aspectos medulares del ser humano como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Una sociedad que desconoce estos derechos fundamentales con delitos como el que aquí se trata, sin racionalizar su contenido a supuestos claros de incitación a la violencia, persigue finalmente al “otro” por pensar diferente y socava con ello los pilares sobre los cuales se alza. ¿O se trata de una coartada para perseguirlos?

En Salamanca, a 30 de noviembre de 2018.

Laura Zúñiga Rodríguez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

A mi madre, a mi esposa y a mi abuela.

AGRADECIMIENTOS

El texto corresponde a una versión resumida, actualizada y ajustada de la tesis doctoral que fue defendida en la Universidad de Salamanca. Nada de esto habría sido posible sin el apoyo de tantas personas que me han acompañado en esta labor. En especial, quiero agradecer a la profesora Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, quien con generosidad aceptó dirigir la tesis doctoral y me brindó la confianza necesaria para plasmar con sosiego las diferentes preocupaciones que este tema suscita.

Un agradecimiento imprescindible en este trabajo corresponde al profesor Dr. José Luis Díez Ripollés, quien dirigió el trabajo de fin del máster en política criminal en la Universidad de Málaga y, por tanto, algunos capítulos de este texto fueron atentamente revisados por él, en especial en lo que se refiere a la racionalidad legislativa.

También han sido muy valiosos, para los fines de este trabajo, los consejos del profesor Dr. Luis Andrés Vélez Rodríguez (Universidad de Manizales) y del profesor Dr. Ricardo Posada Maya (Universidad de los Andes). De igual forma, el jurado evaluador de la tesis, compuesto en su día por el profesor Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Universidad de Salamanca), el profesor Dr. Fernando Miró Linares (Universidad de Elche) y la profesora Dra. Juana del Carpio Delgado (Universidad de Sevilla), quienes me hicieron importantes recomendaciones que fueron tenidas en cuenta.

Aprovecho para agradecer también a aquellas personas que me ayudaron durante diferentes momentos en España, Estados Unidos, Inglaterra y Alemania. De la misma forma, a las diferentes universidades que me han permitido escudriñar en sus bibliotecas y a los profesores que con su consejo me han orientado en este trabajo, así como a los amigos que hice en cada momento. Resalto aquí a los profesores Dr. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid) y Dra. Ana María Prieto

(Universidad de Málaga), así como a los doctorandos José Luis Ayala, Ricardo Ramírez, Laura Mancera, Carlos Doménico Viveiros, Melanie Fernández y David Siesto Martín.

En Colombia, agradezco a mis profesores Álvaro Díaz y Orlando de Jesús Pérez, de la Universidad de San Buenaventura (Cali), así como a Alberto Hernández Esquivel (q. e. p. d.) y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, catedráticos de la Universidad Externado de Colombia, por mostrarme el camino y creer en mí. También a Orlando Guapacha por todo su apoyo.

Sea el momento de agradecer a quienes se han desempeñado como relatores para la Libertad de Expresión de la OEA, Edison Lanza, así como a Catalina Botero, quien, además, es la decana de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad de los Andes. Ambos, amablemente, me permitieron intercambiar opiniones sobre uno de los aspectos centrales de este trabajo. Además, debo expresar mi gratitud hacia las personas e instituciones para las que he trabajado, que me han autorizado las excedencias necesarias para realizar la labor investigativa en diversos lugares de Europa y América.

Finalmente, a mi familia y amigos. Sin ellos, nada de esto sería posible. A todos, de corazón, gracias. Muchas gracias.

INTRODUCCIÓN

La *entropía* es un concepto utilizado en termodinámica, mecánica estadística y teoría de la información en dos sentidos. Por una parte, como la medida de la cantidad de “ruido” y “desorden” que un determinado elemento es capaz de producir al contacto con otros. Por otra, se entiende como “el grado de irreversibilidad alcanzada después de un proceso que implique transformación de energía”¹. En otras palabras: caos.

Analizar el concepto de *terrorismo* no es una tarea fácil, aun cuando sus efectos sean descarnadamente evidentes. Estos se manifiestan en atentados como el de Kabul, donde un carrobomba estalló frente a la embajada de Rusia, el 20 de enero de 2016; o en París, donde fallecieron alrededor de ciento treinta personas en una serie de ataques coordinados el 13 de noviembre de 2015; o en Bogotá, donde, según el Gobierno, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) detonó dos artefactos explosivos el 2 de julio de 2015; o en Burgos, donde ETA realizó un atentado el 29 de julio de 2009 en contra de la sede de la Guardia Civil, que destrozó por completo el edificio. El terrorismo causa entropía.

De esta manera, cuanto más impactante sea el acto terrorista, mayor será el nivel de entropía causado. Pero esto también dependerá del entorno, el contexto y el momento histórico en que el acto se produzca. Con seguridad, los reprochables hechos ocurridos en París el 7 de enero de 2015 en las instalaciones del semanario Charlie Hebdo

¹ BRONOWSKI sostiene que “cuando la energía es degradada [...] se debe a que los átomos asumen un estado más desordenado. Y la entropía es un parámetro del desorden: esa es la concepción profunda que se desprende de la nueva interpretación de Boltzmann. Por extraño que parezca, se puede crear una medida para el desorden; es la probabilidad de un estado particular, definido aquí como el número de formas en que se puede armar a partir de sus átomos”. Cfr. BRONOWSKI, Jacob, (1979), *El ascenso del hombre*, Bogotá, Fondo Educativo Interamericano, p. 347.

causaron más consternación en el mundo que el asesinato de ciento cuarenta personas el 2 de abril de 2015 en Kenia, por la organización yihadista Al Shabaab.

Así, la medición del terror o caos causado no está ligada necesariamente al tamaño de las bombas utilizadas, ni al número de personas que perderían la vida. Esto lo sabe muy bien el terrorista. El acto terrorista es un mensaje, por eso la destrucción siempre vendrá acompañada de una simbología muy clara, cuando no lo esté de una determinada proclama, bien de liberación, de nacionalismos o de un credo específico. El acto de terror es comunicativamente relevante.

Pero la comunicación es necesaria, pues sin ella no puede haber cooperación, sociabilidad o transmisión de conocimiento entre los seres humanos². Sin diálogo no hay sociedad. Esto nos plantea una difícil situación: la comunicación es indispensable, pero al mismo tiempo podría ser nociva.

Montesquieu afirmó que “la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permitan”³, con lo cual quiere decir que son las normas las que determinan, sin más, hasta dónde van las libertades individuales. Sin embargo, en este punto surge la duda sobre si la libertad de expresión podría estar limitada por normas, por ejemplo, de naturaleza penal o, por el contrario, las normas deberían atender el contenido de la garantía mencionada.

Ese interrogante me surgió hace ya varios años, cuando me desempeñaba como juez penal especializado, a partir de un caso en el que se debatía la relevancia penal de unas manifestaciones legitimadoras del terrorismo, entre otros comportamientos. Fue ese el germen de este trabajo de investigación. De esta manera, al revisar la legislación española encontré un artículo que reviste gran interés: *la apología del terrorismo*. Por su ubicación, parece que se le asocia estrechamente con

² Así, por ejemplo, Francisco de Vitoria leyó en 1539 en la Universidad de Salamanca la *Relectio de Indis*, que estaba fundamentada en la creencia de una comunidad de todos los hombres y los pueblos de la Tierra, para lo cual deberían existir necesariamente vínculos de solidaridad, que solo se generan a partir de la comunicación.

³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barón de, (1980), *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. III, México, Editorial Porrúa, p. 102.

los actos que causan terror en la población, pero los posibles alcances que aquella disposición establece permiten hacer varias reflexiones que desarrollaremos más adelante. Se anticipa que estas podrían entrar en inevitable conflicto con otras garantías, en particular con la de expresarse libremente; sin perder de vista que una cosa es el acto terrorista y otra, diferenciable ontológicamente, es su justificación o la humillación de sus víctimas.

Pero si una posible confrontación de derechos fundamentales se puede dar a primera vista con la actualización del tipo penal, la situación se hace un tanto más compleja cuando se intenta, como ha ocurrido con otras iniciativas, tipificar ese comportamiento en otros contextos normativos. Por ello se trata de indagar sobre la posibilidad de punir el comportamiento de apología del terrorismo, como está redactado en España, en Colombia. Esta posibilidad, como se verá más adelante, no resulta tan exótica, pues en nuestro país se suele copiar y traer, sin más, legislaciones extranjeras, sin consideraciones constitucionales, convencionales o culturales.

La labor del científico, diría Popper, consiste principalmente en criticar leyes y principios de la naturaleza para reducir así el número de las teorías compatibles con las observaciones experimentales de las que se dispone. Así, este trabajo estudia la viabilidad de tipificar el delito de apología del terrorismo en nuestro país. De aquí surge el presente interrogante: ¿Es racionalmente adecuado en Colombia restringir el derecho a expresarse libremente cuando las manifestaciones se asocian con actos terroristas o sus autores?

Con este fin, el primer capítulo tiene como propósito identificar las características del delito de apología del terrorismo, para lo cual es necesario hacer una aproximación conceptual de expresiones como *apología*, *incitación* y *terrorismo*.

Dado que *apología* e *incitación* están estrechamente ligados con la palabra, en el segundo capítulo se hace necesario dotar de contenido y finalidad la garantía de la libertad de expresión, con un detenido análisis de lo que justifica su protección constitucional y cuál ha sido el tratamiento otorgado en los diferentes contextos normativos. En el capítulo tercero se centra la atención en el delito propiamente dicho

de apología del terrorismo, para lo cual se buscará determinar su verdadero alcance, se propondrá, con apoyo en doctrina y jurisprudencia española, su adecuada hermenéutica y se expondrán sus dificultades interpretativas. Luego, ya que conoceremos a qué conducta punible nos estamos refiriendo, es necesario examinar si resulta válido sancionar un comportamiento de esa naturaleza en el sistema jurídico colombiano. Finalmente, se observará cuál es la teoría, si la hay, que subyace al permitir la criminalización de las palabras que expresan algún mensaje en casos asociados con el terrorismo.

Así las cosas, no otra pretensión tiene el presente trabajo, sino la de revisar la posible aplicabilidad de la conducta de apología del terrorismo en un contexto legal que, aunque con arraigadas tradiciones heredadas de España, podría tener un desenlace tal vez diferente al del referido país. Con ocasión del método científico, para evaluar la viabilidad del ejercicio propuesto, se hará una suerte de *trasplante* de un tejido⁴ denominado *apología del terrorismo*, del “organismo” español, en otro, con características similares. De esta forma, se hace posible la observación de su comportamiento e interacción con el sistema normativo elegido, proceso para el cual se debe utilizar una metodología específica.

Esta metodología, que se ha utilizado aquí para analizar el delito en cuestión, debería ser el referente cada vez que se intente crear nuevos tipos penales o hacer modificaciones sustanciales a las leyes sancionatorias. En especial, en estos tiempos, en los que estamos trayendo acríticamente ideas legislativas foráneas.

⁴ Símil tomado de las ciencias naturales, que, por cierto, no resulta exótico, gracias a trabajos como el de Niklas LUHMANN.

CAPÍTULO PRIMERO
FUNDAMENTACIÓN

SOBRE EL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Las representaciones pictóricas de las cuevas de Nerja, en Andalucía, podrían tener una antigüedad aproximada de 42 000 años. Las impresionantes líneas y las figuras de Nazca en el Perú se suponen hechas entre los años 200 a. C. y 600 d. C. Por su parte, las esculturas de la extinta comunidad prehispánica San Agustín, en Colombia, oscilan entre los años 300 y 800 d. C. Todas ellas constituyen formas básicas pero ilustrativas de la natural necesidad humana de comunicarse, de representar ideas, de expresar sentimientos. Lo que aquellos hombres querían transmitir, a quiénes y por qué, aún resulta un misterio. Por lo pronto, podríamos afirmar que el lenguaje es tan antiguo como la humanidad misma.

El lenguaje suele utilizar diferentes códigos o símbolos y, además, ha de tener un mensaje que transmitir en un referido contexto. Existen ocasiones en las que ese lenguaje puede tener un signo que resulte ofensivo, bien para un individuo, bien para toda una colectividad. En esos casos, afirmarán algunos, es necesario que el derecho penal intervenga.

Por otro lado, se dice también que el terrorismo es, en esencia, comunicación¹. Cualquier código utilizado para transmitir algún mensaje por esta vía es reprochable sin lugar a dudas. Es por eso por lo que la legislación española ha decidido que el derecho penal debe ocuparse

¹ SCHREIBER, Jan, (1978), *The Ultimate Weapon. Terrorists and World Order*, Nueva York, W. Norrow Ed. Señala concretamente en la página 107: “Cuanto más se considera el terrorismo un fenómeno, menos se parece a otras formas de violencia y más se parece a una forma de comunicación. Hay un ‘orador’ (el terrorista), una ‘audiencia’ (la víctima principal y todos los demás espectadores en el mundo) y un ‘lenguaje’ (la amenaza de violencia contra una parte inocente)”.

de quienes enaltecen o justifican los actos terroristas, o de aquellos que humillan a las víctimas de dichos sucesos. A este comportamiento se le ha denominado *apología del terrorismo*.

Sobre el referido delito, el artículo 578 del Código Penal español, aparecido luego de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 5 de 2000 y 2 de 2015, señala:

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.
2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.
3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.
4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido con el uso de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada